

# 帕比尼安在其《问题集》中对地方论的运用

——当巴布西奥遇上雷森

●徐国栋\*

【内容摘要】在罗马法学家的著作类型中,《问题集》属于案例书,不过收集的是虚拟的案例。帕比尼安的《问题集》在这类著作中享有崇高的地位,而它是采用地方论(Topica)的方法写成的。研究某个法学家的特定著作是当代罗马法研究的一条路径。瑞士学者巴布西奥采用这一路径研究了帕比尼安的《问题集》。她认为帕比尼安在其案例分析中运用了地方论,而地方论是在辩证的论证中寻找前提的艺术,地方(Topos)在这种寻找中提供了帮助,而且要在一串法言中才能发现这样的论证过程。相反,荷兰学者雷森认为地方论是发现论据的艺术,她未考虑地方论的辩证论证语境,所以,她在研究某个地方的被运用状况时考察的对象往往是一个法言。

【关键词】帕比尼安 地方论 巴布西奥 雷森 罗马法 家人遗产信托

笔者在《两种“地方论”(Topica),哪个是真的?——当雷森遇上菲韦格》<sup>[1]</sup>一文中,展示了荷兰学者雷森(Tessa G. Leesen)与德国学者菲韦格(Theodor Viehweg, 1907~1988 年)在地方论问题上的认识分歧,认可了雷森的地方论理解,批判了菲韦格的地方论理解。在进一步的研究中,笔者发现瑞士罗马法学者乌尔里克·巴布西奥(Ulrike Babusiaux)又持一种不同于雷森的地方论理解,特作此文予以介绍,而且将这种理解与雷森的理解相比较,从而展现地方论的复杂性以及由此而来的对它的理解的多样性。

## 一、帕比尼安的《问题集》简介

巴布西奥是在对帕比尼安《问题集》的研究中展现她对地方论的理解的。2011 年,她在德国慕尼黑出版了《帕比尼安的〈问题集〉研究——论古典晚期一个法学家的修辞学方法》<sup>[2]</sup>。显然,这是一部研究帕比尼安《问题集》的方法论的专著。

帕比尼安(Aemilius Papinianus, 142~212 年)是出生于叙利亚的法学家,师从切尔维丢斯·谢沃拉(Cervidius Scaevola)<sup>[3]</sup>,与未来的皇帝塞普蒂缪斯·塞维鲁(Septimius Severus)同学,从乃师学得了案例法,顺便结交了一个高官朋友。帕比尼安学成后从政,先后担任皇库律师、书记官、元首顾问委员会的副主席,从 203 年至 205 年担任禁卫军长官。由于他拒绝为卡拉卡拉皇帝(188~217 年)杀害其兄弟杰塔

\* 作者单位:厦门大学法学院。

[1] 参见《法学》2015 年第 3 期。

[2] Vgl. Ulrike Babusiaux, Papinians Quaestiones, Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen, C. H. Beck, 2011.

[3] 出身于骑士阶级的法学家,死于 207 年。他是梅西安的学生、马尔库斯·奥勒留皇帝的顾问委员会的成员,也是 Septimius Severus、帕比尼安、保罗和 Tryphoninus 的老师,曾于 175 年担任过宵警官。由此推断,他可能出生于 125 年至 135 年之间。

(Publius Septimius Antoninus Geta)的行为辩护,<sup>[4]</sup>于212年根据卡拉卡拉皇帝的命令被斩首。他于死后获得崇高地位,《引证法》将其排在五大法学家之首。<sup>[5]</sup>优士丁尼将三年级的法科学生命名为“帕比尼安者”。<sup>[6]</sup>他在官员生涯之余是个学者,其研究注重实务,往往从案例出发研究法律问题,这些案例可能得自他的官员生涯。《学说汇纂》收录其著作达6种(这些著作在数量上排名第七),<sup>[7]</sup>并收录其著作的749个片段。<sup>[8]</sup>这些位次也说明了帕比尼安在罗马法学史上的地位。

“问题”(Quaestio)是一个修辞学术语,来自动词“quaerere”(寻求),<sup>[9]</sup>意思是“研究”并通过此等研究展现一种方法。<sup>[10]</sup>从帕比尼安的情形来看,他研究的对象是一些案例。

“问题”的同义词是“Disputatio”(论断)。例如,西塞罗的《图斯库鲁姆论断集》(Tusculanae Disputationes)又被称为《图斯库鲁姆问题集》。<sup>[11]</sup>“Disputatio”这个名词来自动词“disputare”,<sup>[12]</sup>意思是就一个问题进行的讨论,例如就藐视死亡问题进行的讨论。<sup>[13]</sup>

问题集或论断集是罗马法学家的一种著作体裁,其中采用虚拟的“提问—问答”的教学谈话模式以使学生获得知识。<sup>[14]</sup>这类著作体裁与柏拉图以降至西塞罗的对话体著作有关。问题集或论断集属于教学作品。<sup>[15]</sup>但帕比尼安的《问题集》不是,因为没有证据证明帕比尼安曾当过老师(尽管《皇帝史》说乌尔比安和保罗是其学生),巴布西奥认为其是培训帝国官员的一部基础性的著作。<sup>[16]</sup>这等于是说帕比尼安的《问题集》是另一种形式的教材。

在罗马法学家中,除了帕比尼安外,至少有阿富里坎(Sextus Caecilius Africanus,死于约167~175年)、切尔维丢斯·谢沃拉、德尔图良(Tertullianus)、保罗(Paulus)、伽里斯特拉杜斯(Callistratus)、儿子杰尔苏(Celsus)<sup>[17]</sup>与福菲丢斯(Fufidius)写过《问题集》。另外还有乌尔比安(Ulpianus)、特里芬尼努斯(Tryphoninus)、魏鲁勒尤斯·萨杜尔尼努斯(Venuleius Saturninus)写过《论断集》。<sup>[18]</sup>问题集或论断集可长可短,但帕比尼安的《问题集》是所有《问题集》和《论断集》中篇幅最大的,这证明了帕比尼安的才具更大或企图心更大。

帕比尼安的《问题集》是一部创作于197年至198年之间的作品。<sup>[19]</sup>按德国学者奥托·勒内尔(Otto Lenel)的还原,该书的基本内容如下:第1卷,管辖;第2卷,自治市事务;第3卷,律师(Cognitor)、事务经管人与辩护人;第4卷,论所有的法官;第5卷,百人法院的法官;第6卷,要求遗产;第7卷,用益权;第8卷,执法中的询问;第9卷,在他人权力下的人被主张经营的事业;第10卷,买卖;第11卷,嫁资返还;第12卷,受怀疑的监护人;第13卷,违反遗嘱的遗产占有;第14卷,解放自由人的财产;第15卷,没有资格

[4] 按日本学者穗积陈重的说法,帕比尼安是因拒绝为卡拉卡拉起草说明后者杀害杰塔理由的诏书招致杀身之祸。参见[日]穗积陈重:《法窗夜话》,曾玉婷、魏磊杰译,法律出版社2015年版,第1页及以次。

[5] See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p. 617.

[6] 参见徐国栋等译:《优士丁尼组织编订并颁布〈学说汇纂〉和〈法学阶梯〉的四个敕令》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第10卷,法律出版社1998年版,第846页。

[7] 参见徐国栋:《优士丁尼法典编纂研究》,《法治研究》2010年第8期。

[8] Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig, 1889, pp. 813ss.

[9] 参见谢大任主编:《拉丁语汉语词典》,商务印书馆1988年版,第457页。

[10] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第16页。

[11] See the Entry of *Tusculanae Disputationes*, [https://en.wikipedia.org/wiki/Tusculanae\\_Disputationes](https://en.wikipedia.org/wiki/Tusculanae_Disputationes), 2015年9月8日访问。

[12] 同前注[9],谢大任主编书,第174页。

[13] See M. C. Howatson, *The Oxford Companion to Classical Literature*, Oxford University Press, 2013, p. 584.

[14] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第17页。

[15] 同上注。

[16] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第267页。

[17] 古罗马有两个叫杰尔苏的法学家,他们是父子关系。此处提到的杰尔苏是儿子。

[18] 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·法律行为》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,附录:《学说汇纂》所引用的古代作者及作品目录;未被《学说汇纂》引用的古代作者及作品目录。

[19] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第6页。

占有遗产的人;第16卷,遗嘱;第17卷,遗赠;第18卷,遗赠(续);第19卷,遗赠(续);第20卷,遗产信托;第21卷,慷慨行为的原因;第22卷,慷慨行为的原因(续);第23卷,占有与取得时效;第24卷,不为缺席审判者作辩护的人;第25卷,父亲继承破产情况下其未成年子女与父亲的债权人的关系(*si suus heres erit*);第26卷,排除强暴令状;第27卷,既判力的抗辩等;第28卷,要式口约;第29卷,《十二表法评注》;第30卷,关于解放奴隶的法律和敕令;第31卷,评注被尊为神的皮尤斯皇帝关于收养自权未适婚人的书简;第32卷,《优流斯及帕皮尤斯法》评注;第33卷,《优流斯及帕皮尤斯法》评注(续);第34卷,《优流斯及帕皮尤斯法》评注(续);第35卷,军营特有产;第36卷,公诉;第37卷,评注关于广义保证人的法律。<sup>[20]</sup>这37卷被《学说汇纂》收录了325个片段。<sup>[21]</sup>上述卷的排序依据的是《学说汇纂》的论述顺序。<sup>[22]</sup>由于帕比尼安《问题集》对所有法律问题的论述差不多都是从案例入手,因此被认为是一部案例集。<sup>[23]</sup>

不难看出,帕比尼安的《问题集》是一本具有诉讼前置主义趋向的私法问题集。它包括其他法学家对所提及的私法问题的解答、皇帝和其他官员的决定,尤其是皇帝的敕令。<sup>[24]</sup>涉及的皇帝敕令最早是提贝留斯发布的,最晚是图拉真发布的。<sup>[25]</sup>

## 二、《帕比尼安的〈问题集〉研究——论古典晚期一个法学家的修辞学方法》简介

《帕比尼安的〈问题集〉研究——论古典晚期一个法学家的修辞学方法》是巴布西奥的教授资格论文。它是罗马法研究新阶段的成果之一。该阶段的特征是研究某个罗马法学家的著作,这方面的成果已有意大利学者 B. Santalucia 的《乌尔比安〈意见集〉诸卷》(*I Libri opinionum di Ulpiano*, Milano, 1971)与《盖尤斯的作品〈内事裁判官告示评注〉》(*L'opera di Gaio ad Edictum Praetoris Urbani*, Milano, 1975);还有英国学者 David Johnston 的《切尔维丢斯·谢沃拉的〈单卷本〉研究》(*On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987)、意大利学者 Wanda Formigoni 的《〈值得相信的观点——由保罗所作的摘录(八卷)〉——论法学家优流斯·保罗之评注的批评功能》(*Pithanon. A Paulo Epitomatorum Libri VIII. Sulla Funzione Critica del Commento del Giurista Iulius Paulus*, Milano, 1996)、西班牙学者 Alvaro D'Ors 的《阿富里坎的〈问题集〉》(*Las Quaestiones de Africano*, Roma, 1997)、德国学者 Jan Dirk Harke 的《尤文求斯的论证:一个古典早期法学家的判决理由》[*Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen. Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, Bd. 33, 1999 (Doktorarbeit)]、意大利学者 Riccardo Astolfi 的《萨宾的〈市民法〉三卷》(*I Libri tres iuris civilis de Sabino*, CEDAM, 2001)和 Emanuele Astolfi 的《彭波尼的〈告示评注〉诸卷研究》(*Studi sui Libri ad Edictum di Pomponio*, LED Edizioni Universtarie, 2001);然后有 Tommaso Masiello 的《切尔维丢斯·谢沃拉的〈问题集〉》(*Le "quaestiones" di Cervidio Scaevola*, Bari, 2000)、C. Zülch 的《论乌尔皮尤斯·马尔切勒的〈解答集〉单卷本》(*Der Liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus*, Berlin, 2000)、E. Doveve 的《“论法”:赫尔莫格尼〈法的摘要〉第一题研究》(*"De Iure". Studi sul titolo I delle Epitomi di Ergemoniano*, Torino, 2001)、A. Lavato 的《乌尔比安的〈论断集〉研究》(*Studi sulle "disputationes" di Ulpiano*, Bari, 2003)、Tommaso Masiello 的《切尔维丢斯·谢沃拉的“公开论述过的问题”》(*Le quaestiones publice tractatae di Cervidio Scaevola*, Bari, 2004)、E. Doveve 的《“论法”:赫尔莫格尼〈法的摘要〉的开头》(*"De Iure". L'esordio delle Epitomi di Ergemoniano*, Napoli, 2005)、Jan Dirk Harke 主编的《阿富里坎的〈问题集〉——历史与私法的教义研究》(*Africani Quaestiones: Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Springer-Verlag, 2010)、

[20] 同前注[8], Otto Lenel 书,第813页以下。

[21] 同上注。

[22] See A. Arthur Schiller, *Roman Law, Mechanisms of Development*, Mouton, 1978, p.128.

[23] 同前注[5], Adolf Berger 书,第663页。

[24] 同前注[22], A. Arthur Schiller 书,第128页。

[25] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第21页。

Jan Dirk Harke 的《尤文求斯的论证和萨尔维尤斯的论证》(Argumenta Iuventiana-Argumenta Salviana, Berlin, 2012);最后有 Jan Dirk Harke 的《彭波尼的论证》(Argumenta Pomponiana, Berlin, 2014)。这些著作<sup>[26]</sup>研究某个法学家的某个著作(甚至某个著作中的一题),案例研究型(诸如问题集、解答集、论断集)的著作受到特别的关注,达7种(加上了巴布西奥的这一本)之多(总数为17种),这些对个别法学家作品的研究当然比泛泛的研究深入,所以说这种类型的作品把罗马法研究带入了新阶段。在这类作品中,有的研究目的著作的法学内容,有的则研究作者的论证方法,巴布西奥的著作属于后者。

巴布西奥的著作除了前言和导论外,分为5个部分,容分述之。

第一部分是“为皇帝立法作评注”。其中作者研究了帕比尼安在其《问题集》中进行的对多个皇帝敕令的评注。作者认为,这些评注采用了“古代修辞学—辩证法”理论中的众所周知的论理结构:区分对敕令的解释(genus legales)和适用(genus rationale),而两者都遵循了争点理论。因此,作者认为帕比尼安的评注是在法律论证中运用修辞学理论的样板。<sup>[27]</sup>

第二部分是“辩证的讨论”。其中研究了帕比尼安对其他法学家意见的讨论。此处的“辩证”是“辩证推理”的意思。辩证推理对应于明证推理,后者从普遍真实的原理出发,前者从普遍接受的意见出发。后者的结论具有必然性,前者的结论具有或然性。<sup>[28]</sup>由于辩证推理结果的意见性,它往往以争鸣的形式展开,也即有一方维持传统的观点,另一方对此等观点提出攻击。

在这一部分中,巴布西奥首先研究了古代的地方论概念,谈及亚里士多德的地方论和西塞罗的地方论,把前者界定成作为省略三段论基础的元件,也就是这种三段论的前提,作者认为,这样的作为法律论证学说的地方论对于法学而言是根本重要的,故采用之。我们知道,与亚里士多德的地方论相反的地方论属于西塞罗,他理解的地方是论据的所在地,显然,巴布西奥不采用这样的地方概念。接下来,她按“辩证法—地方论”的观点讨论了帕比尼安《问题集》中的几串法言,关涉监护人的担保、要式口约的解释等问题,巴布西奥认为帕比尼安采用了地方论的方法,例如采用了“大众的意见”(vulgo dictae sententiae)作为省略三段论的前提。其次,巴布西奥研究了萨宾、尤里安和一位佚名法学家关于一些法律问题的意见以及帕比尼安对它们表达的分歧等。

第三部分是“地方论式的问题讨论”。本部分探讨的是既不见诸实在的皇帝立法,也不见诸其他法学家的著作的问题。<sup>[29]</sup>在本部分的开端,巴布西奥提到了自己对地方论的理解。她认为地方论是帮助型构前提的。<sup>[30]</sup>这与德国学者格哈尔德·奥特(Gerhard Otte)认为地方论是前提寻求之技术,是有关前提属性的理论的观点<sup>[31]</sup>相同。

那么,前提是什么?该词的希腊语形式是“πρότασις”,是“命题”的意思。<sup>[32]</sup>按亚里士多德的说,前提是一个陈述,它或肯定一个事物,或否定另一个事物,分为明证的前提和辩证的前提。<sup>[33]</sup>后一种前提是权威的意见,例如“一切皆运动”的命题。<sup>[34]</sup>从这样的前提出发,可以进行三段论推理,例如这样

[26] 本文只列举了这方面的专著,另有一些论文被笔者略过。有兴趣的读者可参见 Massimo Migletta 的博士学位论文《塞尔维尤斯解答:对塞尔维尤斯法学派的方法与解释的研究》(Servius respondit, Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana),意大利特伦多大学2010年博士学位论文,pp.1ss 中的注释1。

[27] 同前注[2],Ulrike Babusiaux 书,第156页。

[28] 参见舒国滢:《亚里士多德论题学之考辨》,《中国政法大学学报》2013年第2期。

[29] Vgl. M. Avensarius, U. Babusiaux, Papinians Quaestiones: Zur Rhetorischen Methode eines Spätclassischen Juristen(Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechts-geschichte 103), C. H. Beck, In Iura, Rivista Internazionale di diritto Romano e Antico, Vol.103(2013), S. 279.

[30] 同前注[2],Ulrike Babusiaux 书,第139页。

[31] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第25页。

[32] 同前注[2],Ulrike Babusiaux 书,第17页。

[33] 同前注[28],舒国滢文。

[34] 参见[古希腊]亚里士多德:《亚里士多德全集》第1卷,苗力田主编,中国人民大学出版社1990年版,第365页。

推理:人在“一切”之中,所以人是运动的。而在型构前提的过程中,需要地方的帮助。例如类似、对反、大中有小等。<sup>[35]</sup>通过这样的方式,让得到的前提只适用于有限的语境。

在这一部分,巴布西奥分析了帕比尼安《问题集》中的四串法言。第一串是关于家人遗产信托。第二串是关于按特物指定的继承人。第三串是关于附负担的遗赠。第四串是关于家子的时效取得。

第四部分是“反复使用的论证的微结构”。微结构是宏结构的对反。所谓宏结构,是帕比尼安《问题集》中的“一串”(Katene)法言,数目在10个上下,它们聚焦于一个主题。<sup>[36]</sup>微结构则是一些语法表现手段,例如“设问开始”、使用以“quid ergo”(意思是“然后会如何”,但后面要接一个条件句)开头的问句;使用“问题在于”的前置性表达;使用“quod ratio suadet”(意思是“这一理由让人信服”)的表达作为对一段引述的总结;使用“non secus ac si”(意思是“正如同”)和“perinde ac si”(意思是“就像”)的表达开启一个类比推理;采用“sive...sive”(意思是“要么……要么”)的句式;以共同的地方、以类比推理强化论证。<sup>[37]</sup>

第五部分是“结论和推论”。其中,作者解读了《问题集》的书名,阐述了帕比尼安著作中对法学和修辞学的结合,否认了帕比尼安的《问题集》是一部教学作品,总结了帕比尼安的《问题集》与非法学家的《问题集》(例如塞内卡的《问题集》)的异同等。<sup>[38]</sup>

总之,这是一部不太关注帕比尼安《问题集》的法学内容,而集中关注其修辞学形式的作品。作者认为此书是一部文学作品,而非一部简单的法律操作手册,<sup>[39]</sup>所以对此书采取了形式分析的立场,这种立场为巴布西奥这一著作的副标题所揭明。

### 三、巴布西奥描述的帕比尼安对地方论的运用

#### (一) 帕比尼安运用地方论的法言

巴布西奥的著作与本文论题密切相关的是其第三部分。由于篇幅所限,本文只考察帕比尼安《问题集》中的第一串法言并观察巴布西奥对它的地方论分析。

这串法言的译文如下。

D.31,67pr. 帕比尼安:《问题集》第19卷:如果继承人根据遗产信托有义务在其死亡时从遗嘱人的家人中选择一人对其交付财产,对于他选定的人,他不能合法地以遗嘱把同一财产遗赠给他,而该人可根据第一个遗嘱要求此等财产。所以,这一遗赠像留给债权人的遗赠一样无效,或者它不能与遗留给债权人的遗赠相比,因为他能改变主意。如果继承人维持其选择,受益人被认为是债权人;如果继承人改变主意,受益人不能根据任何一份遗嘱主张遗产。

1. 如果依《法尔其丢斯法》为请求,全部遗产都要被考虑,尽管遗产信托是第一个遗嘱指名留给后来被选定的人的,因为必须作出选择的权利并非第一遗嘱人的慷慨行为给予的好处,事实上,为何看来已被遗留遗产的人要完全返还他被遗留之物呢?

2. 所以,如果遗产信托人有三个家人,相对于他处在同样的或不同的亲等,遗留给他们中的一个足矣!因为在遗嘱人的遗嘱得到遵从后,其他人将按照条件被排除。

3. 但如果被指定的继承人选择了遗嘱人的家人之一,却把土地遗留给了家外人,可以根据遗嘱主张遗产信托,如同没有任何家人被指定为继承人。确实,被指定为继承人的人,被认为在信托财产因为面临其他的请求权需要扣除他的份额时,可得到诈欺的抗辩的维护,事实上,允许其他人得到的份额,可以

[35] 参见舒国滢:《走近论题学法学》,《现代法学》2011年第4期。

[36] 同前注[29], M. Avenarius, U. Babusiaux 文,第278页。

[37] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第179页以下。

[38] 同前注[2], Ulrike Babusiaux 书,第263页以下。

[39] 同前注[29], M. Avenarius, U. Babusiaux 文,第343页。

默示地抵消之。

4. 如果受托人指定了信托人的两个家人为继承人按不均等的份额继承遗产,又遗赠一个家外人同一土地的一部分(例如四分之一),不得就继承人依继承权保有的部分作为信托物要求,正犹如按先取方式遗赠给另一人的土地不得被要求。但对于遗留给家外人的其他部分,上述家人可要求自己的人头份,这时,要合算他们被受托人分配的遗产。

5. 但如果受托人把土地遗留给第一遗嘱人的家人之一,同时信托他把此等土地交付给家外人,能否要求执行这样的遗产信托?我说,只有在要求的对象是土地的价金时才可执行此等信托。如果第一遗嘱人这样设立信托,“我请求你把这块土地留给你在我家人中选定的一人或数人”,将按这样的请求办。但如果以如下言辞设立信托,“我要求这块土地不离开我家”,继承人的继承人被认为受第二个遗产信托的约束,它是授予一个家外人的。第一遗嘱人的家人将来有权要求执行信托,当然要在被选在第一顺位的人死亡之后。

6. 所以,如果已选定遗嘱人的一个家人,不得授予家外人遗产信托,遗产信托只有在附加了这样的担保后才可对被选定的人履行:“如果他在将死时没有有效地把土地遗留给家人,要返还此等土地。”

7. “我要求你,在你将死时返还此等土地于你选定的我的解放自由人。”按照此语,只有继承人本人享有选择权,只要还有另外的人处在优先地位,任何人都不得主张财产。但如果继承人在作出选择前死亡,所有的人都可主张此等土地。于是发生这样的事情:如果财产是给一个人的,这个人在其他人还活着时不能主张此等财产,而所有的人都可主张此等财产,尽管它不是遗留给所有的人的。单个的人只有在继承人死亡时他是唯一生存者的情形下才可主张此等财产。

8. 如果在我指定你为我的继承人后,我把我认为是自己的,而实际上是你的某物遗赠给蒂丘斯,在这个案件中,没有理由适用内拉蒂·普利斯库斯的观点和有关的敕令,按照上述观点和敕令,不能强迫继承人偿付遗赠物,故必须授予继承人救济,以避免他们被迫购买遗嘱人以为是他自己的财产,因为遗嘱人更倾向于遗赠自己的财产而不是课加其继承人购买他人财产的负担。这种结果在本案中不会发生,因为财产的所有权属于继承人。

9. 如果遗嘱中遗漏了“信托”的字样,其他的文句读起来符合信托文件的应有内容,信托成立,遵循继承人指定和遗赠设立的先例,它被认为表达不全。这种观点也为我们的好皇帝塞维鲁斯采用。

10. 马尔库斯皇帝也批复:遗嘱人规定“并不怀疑他妻子将把她接受的一切都返还给其子女”的文句必须被认为是一个信托。这一敕答对于保障一个良好缔结的婚姻的光荣、共同子女对尊亲的信赖极为有用,母亲被推定为不会欺骗父亲,而且会比父亲更好。所以,这一极有远见且对法极为虔诚的元首在看到遗漏了“信托”的文句后,批复如上文句可以作为“信托”理解。

## (二)对帕比尼安法言的法学分析

这11个法言探讨的都是家人遗产信托(Fideicommissum familiae relictum)制度。

所谓家人遗产信托,是指遗嘱人要求其继承人保留继承的财产,在继承人死亡时把此等遗产移转给遗嘱人的全体家人或至少部分家人的信托。<sup>[40]</sup>此等信托的效力可以及于第二代甚至更多代的继承人,换言之,“遗嘱人的家人”在其死亡时也负有把受领的遗产移转给第一遗嘱人的家人的义务,以此类推。被跨代移转的遗产主要是土地,这无疑是农业经济时代的最重要财产。<sup>[41]</sup>罗马法开创了这一制度,一些罗马法的继受国也予采用。典型的例子是1811年的《奥地利普通民法典》,其第618~645条详细地规定

[40] Cfr. Francesco D. Foramiti, Enciclopedia Legale ovvero Lessico Ragionato di Gius Naturale, Tomo secondo, Venezia, 1842, p. 1040.

[41] Cfr. Ulrike Babusiaux, Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum:ragioni economiche di una costruzione giuridica? In Frontiere della romanità nel mondo tardo antico, II, Questioni della terra (società economia normazioni prassi), XXII Convegno Internazionale, Spello, 25-27 giugno 2015, p.4.

了这一制度。<sup>[42]</sup>但这一制度因限制了财货的自由流动,支持长子继承制,被许多国家或地区废除,例如,奥地利就在1938年废除了这一制度。<sup>[43]</sup>又如,《瑞士民法典》第335条第2款明文禁止家人遗产信托。<sup>[44]</sup>但也有国家予以保留,例如,有人认为《意大利民法典》第692条即为此例。<sup>[45]</sup>

信托替补制度与家人遗产信托制度相似,它是遗嘱人针对被指定的继承人作出的规定,要求后者承担保存遗产的义务,以便其在该继承人死亡后转归另一人所有。<sup>[46]</sup>两者的相似点是遗嘱人都希望尽可能长地延长支配自己遗产的时间,但两者的相异点如下:(1)家人遗产信托的遗产接受人的代数没有限制,而信托替补中替补人的代数有限制,例如,《澳门民法典》第2117条将其限定为一代。(2)家人遗产信托通常排除女性承受遗产,信托替补制度并不如此。<sup>[47]</sup>由此可以看出家人遗产信托制度后来被一些国家或地区废除的些许原因,即歧视女性。

下文逐一分析帕比尼安的上述11个法言。

头段阐明了家人遗产信托中三方当事人的关系。他们是遗嘱人兼信托人、继承人兼受托人、受益人。遗嘱人委托继承人从其家人中选择其一在继承人死亡时交付信托财产,这构成一个家人遗产信托关系,继承人应在自己死亡时执行这一信托。但继承人自己也会立遗嘱,如果他在自己的遗嘱中也把自己选定的第一遗嘱人(此时我们把继承人兼受托人称为“第二遗嘱人”)的家人指定为受遗赠人受领信托财产,那么,此等家人到底是从第一遗嘱人还是从第二遗嘱人之处得到这份财产?帕比尼安告诉我们,是从第一遗嘱人之处得到的。被选定的家人与继承人兼受托人的关系,是债权人与债务人式的关系,债务人本来就要向债权人还债,现在却把债务履行行为装扮成遗赠行为,如同把转交礼物的行为说成是自己的赠与,未免滑稽。但继承人兼受托人的角色与债务人又有所不同,前者有选择权,换言之,他可以选择第一遗嘱人的这个家人,也可以选择第一遗嘱人的那个家人,选完这个之后还可改选那个,而债务人只能向既定的债权人偿债。在这个框架内,如果继承人兼受托人改变选择的对象,原先被选定的那个家人就惨了:他既不能根据第一遗嘱人的遗嘱得到信托物(因为这一遗嘱安排的选择权人对他始乱终弃),也不能根据第二遗嘱人的遗嘱得到信托物(因为这个遗嘱的制作人无权把这份财产给他)。

第一段阐明了继承人兼受托人的特留份取得权。特留份制度是该段中提到的《法尔其丢斯法》开创的,它在罗马继承法无遗嘱执行人、继承人兼任遗嘱执行人的制度背景下允许继承人保留过他手的遗产的1/4。所谓“过他手”,是指继承人在得到第一次遗产分配后又承担义务把到手的遗产支出给受遗赠人的情况,在极端情况下他要把得到的全部遗产都转交给受遗赠人,他根本无利可得,从而影响他接受继承的积极性。而如果他不接受继承,遗嘱人的遗嘱就会陷入无效,转入法定继承,遗嘱人的种种苦心安排会化为泡影。为了平衡遗嘱人、继承人、受遗赠人三者的利益,公元前40年《法尔其丢斯法》得以颁布,让继承人可以至少得到1/4的遗产,不至于在当完“二传手”后两手空空。但《法尔其丢斯法》只涵盖遗嘱继承,不涵盖遗产信托,于是,75年颁布的《贝加苏斯元老院决议》补上了这个漏洞,让受托人也能得到1/4的特留份。家人遗产信托作为遗产信托的一种,其中的受托人也可享受这一利益。所以,本段中说适用《法尔其丢斯法》并不确切,严格说来,应该是适用《贝加苏斯元老院决议》。

既然承认继承人兼受托人享有特留份取得权,就涉及哪些财产是特留份的基数问题。如前所述,

[42] See General Civil Code for All the German Hereditary Provinces of the Austrian Monarchy, Translated into English by Joseph M. Chevalier de Wimiwater, Vienna, 1866, pp.132ss.

[43] See Parker School of Foreign and Comparative Law, The General Civil Code of Austria, Revised and Annotated by Paul, L.Baeck, Oceana Publications, Inc., New York, 1972, p.118.

[44] 中译本采用“世袭家产”的用语翻译“家人遗产信托”的原文。参见殷生根、王燕译:《瑞士民法典》,中国政法大学出版社1999年版,第94页。

[45] Cfr. La voce di fedecompresso, <http://www.treccani.it/enciclopedia/fedecompresso/>, 2016年1月23日访问。

[46] 参见《澳门民法典》第2115条。赵秉志主编:《澳门民法典》,中国人民大学出版社1999年版,第532页。

[47] 同前注[40], Francesco D. Foramiti 书,第1040页。

受托人经手的财产主要是土地,此外还可能包括一些从物,例如农具、耕畜、种子等,土地是第一遗嘱人最想留给其家人的财产,在计算特留份时,要把土地算入吗?帕比尼安说“全部遗产都要作为计算的依据”,也就是说土地包括在内,这样,第一遗嘱人想把土地传到第三代的意图就被打了个七五折,此举的直接目的当然是保障受托人的利益,不让他空忙一场,空戴继承人的高帽,但此举的间接效果却是消减了家人遗产信托制度妨碍财货自由流动的消极方面。

第二段阐明了继承人兼受托人行使选择权的方式。设定的情况是有三个选择对象,他们与信托人的亲等远近不一。帕比尼安没有要求受托人按先近后远的原则选择,而是允许其自由选择。为何如此?因为信托物主要是土地,受托人的选择标准当是有无务农意愿以及有无务农技能,有这两种素养者优先。这样的安排让我们看到了家人遗产信托制度的积极面:把重要的农业生产资料留在行家里手手中集中使用以提高生产效率。这就是受托人选择权的意义。当新一代的候选家人出生、成长时,第一遗嘱人已经作古,他不知这些未来后代的志趣、技能如何,于是把评估他们的权利交给能观察这些候选人的受托人。

帕比尼安也未要求受托人对三个家人全选,或至少选两个,只要求选一个,这是为了让土地得到集中使用。当然,受托人一旦选定了合适的信托物承受人,其他候选人就丧失期待权,不得诉追信托物。

第三段讲家人遗产信托对第三人的效力。虚拟的案情是:受托人按第一遗嘱人的要求指定了该人的家人为继承人,但把土地遗赠给了非家人。因为土地在家族成员间的世袭是家人遗产信托的最重要内容,受托人对此不顾而顾其他,可谓“捡了芝麻,丢了西瓜”。对此该怎么办?本来,遗产信托是信托人与受托人之间的一种私密的信任关系,无关第三人,但如果第三人僭取了核心信托物,信托关系的目的就不能实现。为求其实现,必须把信托关系的效力扩及于第三人。帕比尼安为此为信托拟制了一个土地必须留在家族成员内的条件,未满足此等条件的信托履行,犹如发生受托人没有指定第一遗嘱人的任何家人为继承人的情形,当然无效。

既然第一遗嘱人的某个家人已被受托人指定为继承人,他就有权得到作为核心信托物的土地。在被受托人遗赠土地的家外人到法院诉求此等土地时,他会遭到一般的诈欺抗辩的对抗。这种抗辩是保护被告的,让他能对抗原告的种种貌似合法、实际上不公平的诉求。适用这种抗辩的理由很多,本案中的理由是违背遗嘱人的意愿提出请求。<sup>[48]</sup>此处的遗嘱人显然是第一遗嘱人,他的意愿是让其家人世袭土地,而非第二遗嘱人,他把土地遗赠给了第一遗嘱人的家外人。

本段提到的“抵消”,是适用一般的诈欺抗辩的副产品。这种抗辩让严法诉讼也可适用抵消,涉及家人遗产信托的诉讼是严法诉讼。在这种诉讼中,如前所述,第二遗嘱人指定的受遗赠人对信托财产提出了不适当的请求,而信托受益人也对此等受遗赠人享有债权,受遗赠人为了避免抗辩,应降低自己的诉讼请求。如果不予降低,只要受益人证明了自己对此等受遗赠人享有债权,受遗赠人的债权归零。<sup>[49]</sup>所以,这种抵消并非严格意义上的,故称为默示抵消。严格意义上的抵消是只偿付两个债权之间的差额,而非让一个债权归零。这样的默示抵消保证了家人遗产信托集中土地于种田能手手中的功能的发挥。

第四段讲第三段中虚拟案例的变体。受托人把作为信托物的一块土地的3/4分给了信托人的两个家人,同时把这块土地的1/4遗赠给了一个家外人,这个1/4的遗赠显然无效,问题在于如何把它在第一遗嘱人的家人中进行再分配。帕比尼安的解决之道是:首先从中开支受托人的特留份,那是1/4中的1/4,这1/4中的3/4,则在上述两个家人间平分。为了保证他们得到的份额均等,需要进行合算,也就是把他们在第一次分配中得到的份额纳入第二次分配的对象,最后,他们各自得到了3/4的土地的1/2。这样,遗嘱继承转化为法定继承,因为平分遗产是法定继承中的做法。无论怎样,这样的处理落实了土地原则上不得流出家族的家人遗产信托制度的基本原则。

[48] 参见徐铁英:《论罗马法中的一般诈欺抗辩》,《私法研究》第19卷,法律出版社2016年版。

[49] Cfr. G. Pugliese, Istituzioni di diritto romano<sup>3</sup>, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991, p. 629 s.



需要指出的是,本案中的第一遗嘱人有两块土地,上文只谈到了其中的一块,另一块被他以先取遗赠的方式给了另一人。先取遗赠是遗嘱人在遗嘱中命其共同继承人中的一人或数人在分割遗产时,先将所设定的某特定遗赠预先取走的遗赠,这种遗赠导致发生物权关系,<sup>[50]</sup>即直接移转标的物的所有权于受遗赠人,不必经过继承人的中介,所以与只引发受托人与受益人之间的债的关系的家人遗产信托不同,故不得作为信托物要求。

第五段讲家人遗产信托的另一种变体。受托人忠实地执行了信托,把土地遗留给了第一遗嘱人的家人,但又节外生枝,信托这个家人在他死后把土地交给一个家外人,这样的信托是否有效?帕比尼安的答案是只有经过变通才有效,所谓“变通”,就是让家外人取得土地的价金而非原物,这样,既维持了家人遗产信托把土地控制在家人中流转的本旨,又尊重了第二个信托。接下来,帕比尼安认为是否执行第二个信托,要看第一遗嘱人是以什么言辞设立它的。如果使用的是“我请求你把这块土地留给你在我家人中选定的一人或数人”之言辞,上述信托无效,因为此等言辞只允许受托人在言辞作者的家人中选定土地接受人,同时包含“选择”和“不离家”两个要素。但如果使用的是“我要求这块土地不离开我家”的言辞,则上述信托有效,因为此等言辞极为宽松,只包含土地最终不离家的要素,不包含“选择家人”的要素,反言之,在“最终”之前,土地可以离开“我家”。尽管如此,在取得土地的家外人死后,第一遗嘱人的家人有权要求土地之回归。

第六段展开说明前段提到的第一遗嘱人的第一种信托言辞的意蕴,即“选择”与“信托”挂钩。既然受托人选定了第一遗嘱人的一个家人,他就是信托物的合适受益人,如此不得再授予家外人遗产信托。为了防止节外生枝或发生错误,例如,把不是家人的人误以为家人,必须加上一个解除条件才可对选定的人履行信托:如果接受土地者并非家人,要返还此等土地于家人。

第七段讲受托人未及行使选择权的法律后果。第一遗嘱人赋予了受托人从前者的解放自由人中选择一人继承土地的权利,但他未及行使此等权利便死亡,此时,第一遗嘱人的所有解放自由人都可主张被信托的土地,这样就违背了家人遗产信托制度促进土地集中的本旨,可是也无办法。但如果在受托人死亡时第一遗嘱人的解放自由人只有一个生存,则他被推定为受托人选择的人单独接受信托土地。

本段出现了解放自由人作为家人遗产信托中的“家人”的情形。需要指出的是,家人遗产信托中的家人不仅包括血亲,而且包括奴隶、解放自由人、恩主、其他卑亲属、女婿。<sup>[51]</sup>第十段还会允许把妻子作为“家人”。显然,罗马人的家人概念的范围比我们的要宽得多,表明了罗马人家庭的不完全血缘性。

第八段讲遗赠与家人遗产信托在标的物错误问题上的区别。在遗赠中,时常发生遗嘱人把属于继承人的物当作自己的物遗赠第三人的事,是为标的物的错误。内拉蒂和亚历山大·塞维鲁斯皇帝的敕令<sup>[52]</sup>认为这样的遗赠原则上无效,以避免增加继承人的负担。但帕比尼安指出,这样的标的物错误在家人遗产信托中不会发生,因为受托人对信托物享有功用所有权,所以,第一遗嘱人要求受托人移转给受益人的物从来不是自己的物,而是受托人的物。

第九段讲设立家人遗产信托的形式要求,采取意图优先于形式的立场。只要从上下文看得出遗嘱人有设立信托的意图,遗嘱中无“信托”字样无关紧要。这是模仿继承人指定和遗赠设立上的非形式主义作出的安排,也为塞维鲁斯皇帝采用。

第十段进一步讲信托的形式要件问题,以马尔库斯·奥勒留皇帝针对一个具体案件作出的批复为说明对象。在此案中,丈夫把信托物留给妻子,并要求后者死时把信托物留给他们的孩子,但在遗嘱中未使用“信托”的文句,只采用“我相信她会如此”的文句。马尔库斯·奥勒留皇帝批复,这样的文句等

[50] 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第292页。

[51] Cfr. Albertus Guilielmus, *De Fideicommissis familiae relictis*, Gottingae, 1860, p.7.

[52] C.6.37.10: 亚历山大·塞维鲁斯皇帝。如果某人在明知的情况下以遗赠或遗产信托的方式遗赠了他人之物,受遗赠人或受托人可以请求此等物。如果他认为物是他的,遗赠无效,除非是遗赠给他的近亲和妻子的,以及其他类似的人的(227年)。

于“信托”,如此拯救了一个信托的效力,并拯救了一个家庭的和谐,但牺牲了信托形式要件的严格性。

### (三)对帕比尼安法言的地方论分析

首先要说明的是,帕比尼安的如上法言具有辩证推理的特性。其中,帕比尼安自己扮演了攻击者的角色,攻击的对象是家人遗产信托因为受益人不确定而无效的陈法,他创立了家人遗产信托是附条件的遗赠的学说对抗之,尽管这两种学说的较力在这串法言中并非明示。这种不明提攻击对象,只强化自己的攻击理论的方法,谓之辩证的自检。

其次要说明的是,按巴布西奥的说法,地方论是帮助型构前提的,那么,帕比尼安的这串法言遵循的前提是什么?地方论是如何帮助帕比尼安型构这个前提的?

应该说,这串法言遵循的前提并非是明示的,通过分析才能揭示出来,即家人遗产信托是附条件的遗赠。本来意义上的家人遗产信托违法,因为它以第一遗嘱人未来的不确定后代为受益人,这违反了阿德里亚努斯皇帝(Publius Hadrianus, 76~138年)确立的不得把遗产留给不确定的人的规则。按照这一规则,遗产信托只有在被指定的受益人自始确定的情况下才有效。<sup>[53]</sup>而家人遗产信托对于维持农场经济的连续性极为有用,基于这一政策考虑,必须利用一定的法技术拯救这一制度的效力,帕比尼安的办法是把家人遗产信托解释成一个附条件的遗赠,其中,第一遗嘱人是遗赠人,他把以土地为主的信托物遗赠给继承人兼受托人,附加的条件是在他死亡时把信托物移转给第一遗嘱人的家人。当然,此处的条件是取决于遗赠人意思的随意条件。这样的遗赠的受赠人是确定的,所以符合阿德里亚努斯规则。但遗赠的条件是不确定的,换言之,继承人兼受托人是否把信托物移转给第一遗嘱人的家人不能确定。这种不确定性在两个法言中得以表现出来。首先是第三段法言,受托人把土地遗留给了家外人。其次是第四段法言,受托人按照信托把3/4的土地给了第一遗嘱人的家人,但把1/4的土地遗赠给了家外人。为了消除这种不确定性,法学家为这个条件配备了一个担保:“如果他在将死时没有有效地把土地遗留给家人,要返还此等土地”(第六段法言)。此语中的“他”即受托人,他不执行遗赠的条件的,导致他的遗嘱处分无效,得到土地的家外人迟早要把土地还给第一遗嘱人的家人,哪怕要等到这个家外人死亡之后。无妨说,在本文所研究的11个法言之中,前述第三段至第七段法言是围绕这个前提展开的,其他的法言只起到附带说明家人遗产信托的其他内容的作用。

按照巴布西奥的分析,帕比尼安在型构这一前提的过程中,在如下法言中运用了如下地方。

首先,在第一段中运用了从结果之事的论证(argumentum ab effectis rebus)的地方。从结果之事的论证与原因关联,意思是有什么样的原因,就会有什么样的结果。<sup>[54]</sup>第一段说受托人“看来已被遗留遗产”,这是原因,结果是他有权得到1/4的特留份,这是结果。

其次,在第三段中运用了后件(argumentum a consequentibus)的地方。后件是必然要从前件发生的東西。<sup>[55]</sup>第三段讲到受托人行使了选择权,土地遗留给了家外人,这是前件与后件的不一致,因为按家人遗产信托的本旨,受托人行使选择权就是为了让土地落入第一遗嘱人合适的家人手中。为消除这种不一致,第三段允许家人诉追土地,受托人被拟制为没有选择第一遗嘱人的任何家人为自己的继承人。

最后,在第五段中运用了对反(disunctim)的地方。对反在此处的意思是“如果是这,就不是那”。<sup>[56]</sup>在本段中,受托人确实选择了第一遗嘱人的家人并遗留其土地,但同时信托他把此等土地交付给家外人,这就违背了家人遗产信托制度让土地在家人中世袭的本旨,帕比尼安对这个对反的处理是:只允许把土地交给家人,对于家外人,顶多可以交付土地的价金。

[53] 同前注[2],Ulrike Babusiaux书,第144页。

[54] 参见徐国栋:《西塞罗〈地方论〉中的修辞学与共和时期罗马的诉讼》,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第7卷,厦门大学出版社2010年版,第24页。

[55] 同上注,第16页。

[56] 同上注,第15页。

当然,在上述三处对地方的运用中,只有后两处是用于证成“家人遗产信托是附条件的遗赠”的命题的,虽为数不多,但它们都起到了支撑命题的作用。

#### 四、雷森对帕比尼安如上法言的可能地方论分析

如果帕比尼安的上述法言落到雷森之手,根据笔者对她的研究方法的了解,认为她可能会运用对反的地方分析头段,运用类似的地方分析第四段,运用差异的地方分析第八段,以下分述之。

头段:继承人根据遗产信托有义务在其死亡时从遗嘱人的家人中选择一人对其交付财产,对于他选定的人,他不能合法地以遗嘱把同一财产遗赠给他,因为此语中的“财产”是第一遗嘱人设立的遗产信托的标的物,它不能同时是受托人的遗赠的标的物。

适用于这一场合的对反的推理过程如下。

一个财产只能是一个死因行为的标的物;

该财产已经作为家人遗产信托的标的物;

所以它不能再成为受托人的遗赠的标的物。

第四段:不得就继承人依继承权保有的部分作为信托物要求,正犹如按先取方式遗赠给另一人的土地不得被要求,继承人享有的特留份取得权出于法律的规定,先取遗赠的物权效力也出于法律的规定,两者类似。

适用于这种情形的推理过程如下。

先取遗赠物不得被继承人要求出于法律的规定;

继承人享有特留份也出于法律的规定;

继承人也不得要求分割特留份。

第八段:遗赠是遗嘱人把自己的物送给他人,故遗嘱人错以继承人的物遗赠第三人的,遗赠无效。遗产信托是把受托人自己的物送给受益人,两者不同,遗产信托不会发生标的物错误的问题。

适用于这种情形的推理过程如下。

遗赠是遗嘱人把自己的物送给他人;

遗产信托是把受托人的物送给受益人;

遗赠和遗产信托不同。

#### 五、结论

不难看出巴布西奥和雷森在运用地方论上的差异。巴布西奥在辩证论证的语境下考察帕比尼安对地方论的运用问题,要展开一个这样的论证需要一定的篇幅,所以,巴布西奥的考察对象是一串法言。当然,她运用的是亚里士多德的地方论。相反,雷森并未考虑地方论的辩证论证语境,实际上,她引据的西塞罗也未考虑这一点,所以,她在研究某个地方的被运用状况时,考察的对象往往是一个法言。如此,则有可能忽略各法言彼此间的联系,例如,按照雷森的路径,就不大可能从前述第三段到第七段法言中提炼出一个家人遗产信托是附作为信托物的土地在家人间世袭的条件的遗赠的前提。当然,雷森的著作易读得多,它倾向于找到一个个的微观论证中的地方运用,地方清单中的一个个地方都有呈现自己的运作形态的机会,而巴布西奥的著作难读得多,它倾向于在一个个的中观论证中考察亚里士多德式的地方的运作,由于其把地方论的重点放在寻求前提上,因此地方清单中的多数地方少有露面的机会。尽管如此,两种地方论都“如假包换”,了解两者总是比仅了解一种更能丰富我们的知识。

(责任编辑:洪 玉)